II.

Ueber das Recht zum Rücktritt vom Kaufgeschäft wegen Verzugs in der Erfüllung.

Von Herrn Professor Dr. **Regelsberger**
in Zürich.

I.

Das durch den Abschluß eines Schuldvertrags begründete rechtliche Interesse des Gläubigers ist gleich der Erfüllung und zwar der pünktlichen Erfüllung der Vertragspflicht Seitens des andern Theils. Sobald diese unterbleibt, sobald die Leistung nur verzögert wird, verändert sich das Interesse und wird nicht mehr durch die einfache Leistung desjenigen, was nach der Verabredung geschuldet wurde, gedeckt. Es ist Aufgabe des positiven Rechts, den Berechtigten gegen diesen Vertragsbruch in Schutz zu nehmen und ihm die Mittel an die Hand zu geben, um sein nunmehr verändertes Interesse zur vollen Geltung zu bringen. Das ideale Ziel ist hiebei, daß der Berechtigte in die Vermögenslage gesetzt werde, in der er sich ohne die Vertragsverletzung befinden würde. Da aber auch das Recht keinen Zauberstab besitzt, um Geschehenes ungeschehen zu machen und eine Handlung der Gegenwart in die Vergangenheit zu versetzen, so kann es die ihm gesteckte Aufgabe immer nur auf mittelbarem Wege lösen. In dieser Beschaffenheit des Problems liegt nicht blos die Erklärung dafür, daß die Vorschriften der einzelnen Gesetzgebungen nichts weniger als übereinstimmend sind; es liegt darin auch die Rechtfertigung, wenn ein und dasselbe Recht mehrere Wege eröffnet, um die Erreichung des Zwecks für den einzelnen Fall möglichst zu sichern.

II.

Nach gemeinem bürgerlichen Recht erzeugt auch bei gegenseitigen Obligationen der Verzug des Schuldners für den Gläubiger regelmäßig nur eine Klage auf Erfüllung und Schadenersatz wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung. Vorbehalten bleibt gegentheilige Abrede der Parteien, welche hier, wo es sich blos um ergänzende Rechtsvorschriften handelt, zweifellos Geltung besitzt. Diese Regel spricht aus

L. 6 C. de A. E. V. 4, 49:

Venditi actio, si non ab initio aliud convenerit, non facile ad rescindendam perfectam venditionem sed ad pretium exigendum competit.

Vergleiche auch L. 12 C. de R. V. 3, 32, L. 8 C. de contrah. emt. 4, 38, L. 14 C. de rescind. vend. 4, 44.

Indeß gestattet schon das römische Recht dem nichtsäumigen Theil den Rücktritt vom Geschäft, jedoch nur dann, wenn die nachträgliche Leistung erweisbar für ihn ohne Nutzen ist. Genauer betrachtet begreift diese Voraussetzung zwei Erfordernisse in sich:

1) Das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung muß gänzlich weggefallen und nicht blos gemindert sein. Doch ist gewiß das Verbleiben geringfügigen Nutzens der vollen Nutzlosigkeit gleichzustellen. Das richterliche Ermessen hat hier weiten Spielraum (omne ad judicis cognitionem remittendum est L. 135 §. 2 i. f. de V. O. 45, 1), und bei verständiger Benützung solcher elastischer Bestimmungen kann dem Bedürfnisse des Verkehrs in hohem Maße Genüge geleistet werden.

2) Die Nutzlosigkeit muß nicht blos nach allgemeinen Verhältnissen möglich, sondern im gegebenen Fall wirklich sein und wo nöthig erwiesen werden. Daß die aus den allgemeinen Verhältnissen folgende Vermuthung diesen Beweis wesentlich unterstützen und sogar ersetzen kann, soll damit keineswegs in Abrede gestellt werden. Wenn bei einem Schneider Festkleider zu einem bestimmten Aufzug, bei einem Drucker Programme zu einem Concert, bei einem Gastwirth theure Delicatessen zu einem Festmahle bestellt werden: so wird Niemand erst den Beweis verlangen, daß die nach der betreffenden Gelegen-

heit einlangende Lieferung für den Empfangsberechtigten das Interesse verloren habe. Ebensowenig wird bei Artikeln, welche einer schnell wechselnden Mode unterworfen sind, ein Zweifel über diesen Punkt entstehen; Ladenhüter sind für einen Kaufmann eher eine Last als von Werth.

Die Wahl des Rücktritts benimmt jedoch dem nichtsäumigen Vertragstheil nicht das Recht, seinen sonstigen Schaden gegen den Schuldner zu verfolgen. Am ausführlichsten handelt hievon Paulus in L. 24 §. 4 loc. 19, 2:

> Colonus, si ei frui non liceat, totius quinquennii nomine statim recte aget, etsi reliquis annis dominus fundi frui patiatur; nec enim semper liberabitur dominus eo, quod secundo vel tertio anno patiatur fundo frui; nam et qui expulsus a conductione in aliam se coloniam contulit, non suffecturus duabus neque ipse pensionum nomine obligatus erit, et quantum per singulos annos compendii facturus erat, consequetur; sera est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore, quo frui colonus aliis rebus illigatus non potest.

Dazu L. 122 §. 3, L. 135 §. 2 de V. O. 45, 1 (Scaevola), L. 10, L. 12 C. de A. E. V. 4, 49. —

Der Grundgedanke, aus welchem diese Bestimmungen erflossen sind, ist klar. Ausgehend von den Anforderungen des soliden Verkehrs will das römische Recht in Vertragsverhältnissen die gerichtliche Hülfe nur der Verwirklichung des Vertragszwecks dienen lassen. Beweggrund ist bei Eingehung eines Tauschgeschäfts für jeden Theil, in den Besitz der von dem anderen versprochenen Leistung zu kommen: Käufer will die Waare, Verkäufer den Preis erwerben. Es kann daher aus der Unterlassung rechtzeitiger Erfüllung für den Empfangsberechtigten ein Recht zum Rücktritt vom Geschäft mit oder ohne Geltendmachung seines sonstigen Schadens nur dann entspringen, wenn sich die ursprüngliche Absicht des Vertrags nicht mehr erreichen äßt, d. h. wenn die verspätete Leistung für den nichtsäumigen Theil keinen Werth hat. Ich folgere hieraus aber eine weitere Beschränkung für die Ausübung des Rücktrittsrechts, daß nämlich

3) die Nutzlosigkeit der Leistung gerade im Verzug ihren Grund hat und nicht schon beim Abschluß des Geschäfts bestand. Nehmen wir an, es kommt Jemand auf den sonderbaren Einfall, sich eine Million gebrauchter Briefmarken zu verschaffen. Er schließt mit einem Geschäftsmann einen Vertrag, kraft dessen der Letztere gegen bestimmten Preis die Lieferung binnen Jahresfrist übernimmt. Kommt der Verkäufer in Verzug, so hat nun m. E. nach römischem Recht der Käufer darum allein, weil die Briefmarken ihm jetzt nichts nütze seien, kein Recht vom Vertrag abzugehen. Denn ein verständiges Interesse fehlte ersichtlicher Maßen von Anfang, und wollte der Käufer einer Laune, gerade binnen Jahresfrist in den Besitz der Marken zu gelangen, Genugthuung verschaffen, so mußte er die rechtzeitige Lieferung ausdrücklich zur Bedingung seiner Haftung aus dem Vertrage machen.

III.

Wenn es eines Beweises bedarf, daß die Grundsätze des römischen Rechts über die Folgen des Verzugs den Bedürfnissen des gewöhnlichen Verkehrs entsprechen, so dürfte er in dem Umstand zu finden sein, daß die Mehrzahl der neuern Gesetzgebungen diese Vorschriften aufgenommen hat. Die Klage auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Erfüllungsversäumnisses bildet die Regel im

Preußischen Landrecht Thl. I. Tit. V. §§. 393 u. 394; Tit. XI. §. 231. Die Ausnahmen sind allerdings ziemlich zahlreich, theils allgemeiner Natur (Tit. V. §§. 397—410), theils für einzelne Vertragsverhältnisse (aufgezählt bei Koch, Recht der Forderungen §. 34); ferner im

Oesterreichischen bürgerlichen Gesetzbuch §. 919. Ueber die einzelnen Ausnahmen siehe Stubenrauch, Commentar Bd. III. S. 97; drittens im

Zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuch, wenigstens für den Verzug des Verkäufers §. 1402. Dagegen ist an den Verzug des Käufers in Bezahlung des Preises ein unbedingtes Rücktrittsrecht geknüpft, jedoch mit Beschränkung auf den Baarkauf §. 1432; endlich im

Sächsischen Gesetzbuch §§. 740 u. 741.

Auf einem andern Standpunkt steht das französische Recht. Dasselbe räumt bei allen synallagmatischen Geschäften dem Gläubiger wegen Verzugs des Schuldners ein Recht zum Rücktritt ein. Die Vorschrift des Gesetzes ist eigenthümlich genug, um hier einen Platz zu finden.

Code civil Art. 1184.

La condition résolutoire est toujours sousentendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie, envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.

Diese Bestimmung scheint kein glücklicher Griff des Gesetzgebers und vermag wenigstens vor dem Richterstuhl der juristischen Logik nicht wohl zu bestehen. Denn

a) unterstellt das französische Gesetz jedem zweiseitigen Vertrag im Zweifel die auflösende Bedingung, daß nicht rechtzeitig erfüllt wird. Es soll aber dieses Ereigniß nur zu Gunsten des Empfangsberechtigten wirken und ihm nur die Möglichkeit eröffnen, die Auflösung des Geschäfts herbeizuführen. Die stillschweigende Ergänzung betrifft also den Nebenvertrag, welchen die Rechtssprache lex commissoria nennt.

Vgl. Delamarre et Lépoitvin traité théorique et pratique de droit commercial (2 éd.) IV. Nr. 287. 296. 312.

b) Der Berechtigte kann beim Verzug des Gegners nicht sofort vom Vertrag abgehn; er kann nur den Antrag an den Richter auf Auflösung bringen, um dadurch, wie das Gesetz selbst besagt, dem Richter Gelegenheit zu geben, nach Befund der Umstände dem Schuldner noch eine Frist zur Hebung des Verzugs zu gewähren.

c) Trotz der Auflösung des Vertrags soll der nichtsäumige Theil Schadenersatz wegen nichtrechtzeitiger Erfüllung verlangen können, während dieser Anspruch den Bestand des Vertrags zur Voraussetzung hat.

Für den Kaufvertrag (Art. 1610 u. 1654) und die Miethe (Art. 1741) ist diese Bestimmung ausdrücklich wiederholt.

IV.

Die beregte Uebereinstimmung der neuern deutschen Gesetzgebungen mit dem römischen Recht beschränkt sich indeß auf die Verhältnisse des gewöhnlichen bürgerlichen Verkehrs. Im Bereich des Handels hat das Bedürfniß über die beschränkte Anerkennung des Rücktrittsrechts hinausgedrängt zu dem allgemeinen Satz, daß beim Verzug eines Theils der Nichtsäumige die Leistung unter Behaftung des Gegners für vollen Schadenersatz zurückweisen oder vom Vertrag ganz abgehen kann, ohne den Nachweis der Nutzlosigkeit der späteren Leistung und sogar mit Ausschluß des deßfallsigen Gegenbeweises.

Nachdem schon längere Zeit die deutsche Rechtsprechung sich abmühte, diesen Grundsatz mit den Entscheidungen des römischen Rechts in Einklang zu bringen, hat ihm zunächst das Zürcher privatrechtliche Gesetzbuch (§§. 1401 u. 1402) förmlichen Ausdruck verliehen, am ausführlichsten aber das deutsche Handelsgesetzbuch. Die Vorschriften des letzteren finden sich in den

Art. 343 Abs. 2 und 3, Art. 354 für den Verzug des Käufers,

Art. 355 für den Verzug des Verkäufers,

Art. 356—359 für den Verzug beider Theile.

Von den Bestimmungen des HGB. über den Verzug in andern Vertragsverhältnissen (Art. 95. 220. 375. 467) sowie den Normen über die Verzugszinsen (Art. 287—289) sehe ich hier ab.

Die angezogenen Artikel ergeben für den Verzug beim Verkauf folgende Sätze:

1) Der Verzug berechtigt den nichtsäumigen Vertragstheil zu einer dreifachen Wahl. Er kann:

a) nachträgliche Erfüllung des Vertrags und Schadenersatz wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung verlangen. Es kann

b) der Käufer die Annahme der späteren Leistung verweigern und Schadenersatz für die unterbliebene Leistung fordern — der Verkäufer die Waare auf Rechnung des Käufers zur anderweiten Veräußerung bringen unter Behaftung des Letzteren für allen Schaden. Es kann endlich

c) jeder Theil vom Vertrag abgehen „gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre."

Für den Juristen bedarf es kaum der Bemerkung, daß das Recht ad c. in dem ad b. angeführten nicht enthalten ist. Es kann dem Verkäufer viel wünschenswerther sein, entweder die Waare nunmehr wieder zu seinem Vortheil zu verwerthen oder wenigstens vom Geschäfte loszukommen, ohne den Nachweis liefern zu müssen, „daß er nach Thunlichkeit das Interesse des Käufers gewahrt habe."

2) Nach Ueberlieferung der Waare ist der Verkäufer auf den Weg ad a. beschränkt, und das Rücktrittsrecht vom Vertrag besitzt er beim Verzug des Käufers in Empfang der Waare überhaupt nicht.

3) Nur wenn eine bestimmte Lieferungszeit (Termin oder Frist) verabredet ist, kann der nichtsäumige Theil sofort von dem dreifachen Wahlrecht Gebrauch machen. Außerdem ist die Ausübung des Rücktrittsrechts (ad c.) sowie die Forderung des Schadenersatzes statt Erfüllung für den Käufer und das Weiterveräußerungsrecht des Verkäufers durch vorgängige Anzeige an den säumigen Gegner unter Vorsteckung einer den Umständen angemessenen Frist zur Nachholung des Versäumten bedingt.

4) Die Entscheidung für den zweiten (ad b.) oder dritten Weg (ad c.) hängt nicht von dem Nachweis der Nutzlosigkeit der späteren Leistung ab. Da das Gesetz dieses Erfordernisses nicht gedenkt, so wird das angeführte Wahlrecht nicht einmal dann wegfallen, wenn festgestellt werden könnte, daß im gegebenen Fall die spätere Leistung für den Berechtigten durchaus nicht ganz werthlos oder gleich werthvoll oder sogar werthvoller sei.

V.

Um jede einzelne der vom Gesetz an den Verzug geknüpften Folgen ins rechte Licht zu stellen, ist an die tiefere Grundlage aller Rechtsvorschriften über den Verzug zu erinnern, welche Eingangs mit einigen Worten gezeichnet wurde.

Durch das Unterbleiben pünktlicher Erfüllung wird das Interesse des nichtsäumigen Vertragstheils verletzt. Diese Verletzung soll aufgehoben, die Verschiedenheit im Vermögen, wie es ist und wie es sein soll, ausgeglichen, der Schaden ersetzt werden. Wir können uns kurz so ausdrücken:

Alle an den Verzug geknüpften rechtlichen Folgen sind Schadenersatzmittel.

Unter diesem Gesichtspunkt stehen auch die verschiedenen Wege, welche das neuere Handelsrecht dem nichtsäumigen Theil zur freien Auswahl stellt; diesen Character hat nicht minder das Recht, sich beim Verzug des Gegners vom Vertrag loszusagen. Insoweit besteht zwischen Civilrecht und Handelsrecht kein Unterschied. Die Abweichung betrifft nur das Erforderniß, daß die spätere Leistung für den Zurücktretenden kein Interesse mehr besitzt.

Die günstigere Stellung, deren sich in dieser Hinsicht der nichtsäumige Vertragstheil im Handelsverkehr erfreut, hat ihre volle Berechtigung. Der Handel kann nur bei einem raschen und ununterbrochenen Umlauf der Geschäfte gedeihen. Der Kaufmann, der Fabrikant muß wie ein Feldherr auf das rechtzeitige Eintreffen seines Materials zählen können, um den seinerseits eingegangenen Verbindlichkeiten zu genügen und damit das Gewerbe und die Arbeit nicht ins Stocken gerathe. Das Ausbleiben einer Lieferung, auf welche gerechnet wurde, bringt in diesen Gang eine Störung, deren schleunige Beseitigung ein unabweisbares Bedürfniß ist. Wie man sich der Störung am besten erwehren kann, ob durch sofortige Beschaffung gleicher Waare, ob durch Aufgeben der ganzen Speculation, welche sich an jenen Vertrag knüpfte, oder durch zwangsweise Erwirkung nachträglicher Lieferung: das ist nicht blos durch die allgemeinen Verhältnisse des Marktes bedingt, das richtet sich wesentlich auch nach der

individuellen Geschäftslage, welche bei der eigenthümlichen Verkettung kaufmännischer Verfügungen nur der Inhaber des Geschäfts selbst vollkommen zu würdigen vermag. Hier muß also eine gewisse Freiheit in der Wahl der Mittel zur Abwehr vorgefallener Störungen gewährt werden, hier darf der Rechtsbestand des Entschlusses nicht von dem Beweis abhängig sein, daß nur so und nicht anders möglichste Schadloshaltung zu gewinnen war.

Durch die Entbindung von diesem Nachweis kann allerdings das Rücktrittsrecht vom nichtsäumigen Theil zuweilen dazu benützt werden, um seine Lage günstiger zu gestalten, als sie bei pünktlichster Vollziehung des Vertrags sein würde. Aber dieser nicht völlig auszuschließende Erfolg ist nicht der beabsichtigte. Es soll jenes Recht nicht zur Lockerung der Vertragsbande dienen. Wo nach den allgemeinen Umständen selbst die Möglichkeit eines Schadens aus dem Verzuge fehlt, da kann ein Recht nicht Platz greifen, das eben nur Ersatzmittel für Schaden ist.

VI.

Durch die bisherige Entwicklung ist die Vorbereitung für die Entscheidung einer praktisch sehr wichtigen, in der Theorie bisher wenig behandelten Frage gewonnen. Ich will dieselbe zunächst an zwei Beispielen näher zu bringen suchen.

Ein Amsterdamer Handlungshaus gibt nach einer der an dortigem Platze gewöhnlichen großen Kaffee-Auktionen seinen Agenten in Zürich und Basel Auftrag zum Verkauf der von ihm erstandenen Quantität Kaffee. Es macht beiden s. g. feste Anstellungen, d. h., juristisch ausgedrückt, es ernennt jeden Agenten zu seinem Stellvertreter im Kaufabschluß, so daß der letztere nicht erst von der Genehmigung des Auftraggebers abhängig ist. Der Zürcher Agent ist weniger glücklich als sein Basler College. Als er mit dem Kaufmann X dahier einen Vertrag auf 16 Sack von dem durch sein Haus ersteigerten gelben Javakaffee abschließt, war dieser Vorrath bereits durch den Basler vollständig verstellt. Auf Benachrichtigung durch seinen hiesigen Agenten läßt das Amsterdamer Haus dem Käu-

fer X die Sachlage offen mittheilen, aber dabei erklären, daß es ihm zur Aufrechthaltung des Vertrags gleichwohl 16 Sack gelben Javakaffee von derselben Auktion, welche es sich von einem Geschäftsfreund verschafft habe, mithin vollkommen gleich gute Waare zur bedungenen Zeit liefern werde. Da mittlerweile der Kaffee im Preise gesunken, so ist dem Kaufmann X das ganze Geschäft nicht mehr genehm; er erklärt seinen Rücktritt vom Vertrag, weil Verkäufer die laut Vertrag schuldige Waare zu liefern nicht im Stande sei.

Zweiter Fall: A in Liverpool hat durch seinen Correspondenten in Bombay 200 Ballen Baumwolle new fair Sawginned kaufen lassen, welche ihm mit dem Schiff Chludow, Abgang Monat Dezember, übersandt werden sollen. Ehe noch die Waare an Bord gebracht ist, verkauft A von dieser Quantität an B 150 Ballen mit dem Beifügen: „par Chludow départ Décembre." Nach der gewöhnlichen Ueberfahrtszeit dürfte die Waare Ende März längstens April in Liverpool erwartet werden. Durch Zufall verzögert sich die Abfahrt des Chludow bis Februar. Die Waare gelangt daher zur vertragsmäßigen Erfüllungszeit — als solche will ich die obige Bemerkung gelten lassen — nicht zur Verfügung des Käufers. Noch vor Ablauf der Frist setzt A seinen Käufer hiervon in Kenntniß, erbietet sich aber, auf dessen Verlangen sofort 150 Ballen new fair Sawginned von ganz gleich guter Qualität zu liefern, welche nur in andern Fahrzeugen nach Liverpool kam. Wegen des mittlerweile eingetretenen Preisabschlags weist Käufer dieses Anerbieten zurück und erklärt seinen Rücktritt vom Vertrag wegen Verzögerung in der Erfüllung.

Die rechtlich erheblichen Merkmale sind hiebei folgende:

1) Gegenstand des Vertrags sind vertretbare Sachen (Getreide, Sprit, Oel, Kaffee, Zucker, Baumwolle).

2) Der Kauf ist kein rein genereller. Wo zu liefern sind schlechthin „16 Sack gelber Javakaffee prima Qualität" oder „150 Ballen new fair Sawginned", kann der hier beregte Zweifel nicht entstehen. Der Kauf muß also entweder ein Specieskauf sein (wenn er ein ganzes räumlich abgegrenztes Quantum solcher Waaren umfaßt) oder ein gemischt genereller

(wenn aus einem räumlich abgegrenzten Ganzen verkauft ist). Vergl. meine Ausführ. in diesem Archiv Bd. 49 S. 185.

3) Der Verkäufer befindet sich in der Unmöglichkeit, die verkaufte Waare selbst zu liefern; und er hat sie nicht arglistig herbeigeführt.

Demnach können wir der Frage folgende allgemeine Fassung geben:

Wenn bei dem Kauf einer räumlich abgegrenzten Quantität vertretbarer Sachen oder eines bestimmten Betrags aus einer solchen der Verkäufer den vertragsmäßigen Gegenstand zu liefern ohne seine Schuld nicht im Stande ist, sich aber sofort zur Lieferung vollkommen gleich guter Waare erbietet: kann dann der Käufer von seinem Rechte auf Rücktritt vom Vertrag wegen Nichterfüllung Gebrauch machen, oder muß er den Vertrag halten, indem er entweder die angebotene Ersatzwaare annimmt, oder zuwartet, bis ihm der Vertragsgegenstand selbst geliefert werden kann, wo dies nach den Umständen möglich ist?

Um den Rechtspunkt von allen thatsächlichen Bedenken zu lösen, so bemerke ich: es wird von der Voraussetzung ausgegangen, daß die Ersatzwaare wirklich vollkommen gleich gut ist — daß dies möglich, können die oben angeführten Beispiele lehren —; es wird ferner vorausgesetzt, daß auch in sonstiger Hinsicht die Aenderung für den Käufer keinen ersichtlichen Nachtheil hat, daß also z. B. nicht die Waare von einem Platze mit ungünstigern Zahlungsbedingungen kommt.

VII.

Es ist ein bekannter Rechtsgrundsatz, daß ein Gläubiger sich einen andern als den wirklich geschuldeten Gegenstand nicht aufdringen zu lassen braucht: aliud pro alio invito creditori solvi non potest (L. 2 §. 1 de R. C. 12, 1). Damit wird gewiß im Allgemeinen ein unzweifelhaftes Interesse des Gläubigers gewahrt. Aber wenn wir wirklich den Geist eines Gesetzes und nicht seinen Buchstaben zur Geltung bringen wollen, so dürfen wir uns bei der Anwendung allgemeiner Regeln nie von der Berücksichtigung der besondern Natur eines Rechts-

verhältnisses entbinden. In unserm Fall liegt ein Kaufverhältniß vor. Rechte und Verbindlichkeiten sollen dabei nach Treue und Glauben abgemessen werden. Wie das Recht überhaupt nur gerechtfertigte Interessen zu schützen hat, so darf insonderheit in solchen Verhältnissen der Laune, der Chicane, der Arglist kein Vorschub geleistet werden. Ein Kaufmann hat bestimmte Waaren, also immerhin vertretbare Sachen bestellt. Es können ihm diese nicht geliefert werden, wohl aber werden ihm Waaren genau der gleichen Beschaffenheit angeboten. Durch deren Annahme wird ein begründetes Interesse auf seiner Seite nicht verletzt, vom Verkäufer aber ein wenigstens nicht arglistig verschuldeter Nachtheil abgewendet. Ist es mit der bonae fidei Natur des Kaufgeschäfts vereinbar, daß der Käufer sich auf den Buchstaben des Vertrags, auf den Buchstaben der Rechtsregel aliud pro alio etc. steifend die Ersatzwaare zurückweisen und die Aufhebung des Geschäfts bewirken darf?

Wir haben oben gesehen, daß das Rücktrittsrecht nur ein Schadenersatzmittel ist. Das Angebot gleich guter Waare setzt den Käufer genau in dieselbe Lage, wie die buchstabengetreue Erfüllung des Vertrags. Soll nun, wo kein Schaden möglich ist, der Käufer diesen rechtlichen Weg zum Nachtheil des Verkäufers ausbeuten dürfen?

Gut — höre ich einwenden — diese Ausführung ist richtig, wenn der Käufer blos von Chicane geleitet wird. Aber in den meisten Fällen wird er einen sehr guten Grund für sein Verfahren haben in dem inzwischen eingetretenen Preisabschlag der Waare. In Folge dessen hat er Verlust, wenn er solche Waare zu dem vereinbarten Preise annehmen muß; er kann sie nicht ebenso hoch an den Mann bringen, er könnte sich jetzt anderwärts viel billiger versehen. Er hat dann ein wirkliches, oft sehr hohes vermögensrechtliches Interesse, seiner Verpflichtung aus dem Vertrage enthoben zu werden.

Dieser Schlußfolgerung liegt eine Verwechslung zwischen rechtlich begründeten und blos thatsächlichen Interessen zu Grunde. Der Nachtheil, welcher dem Käufer aus dem Halten des Vertrags erwächst, hat darin seinen Grund, daß er den Vertrag eingegangen ist, nicht aber in dem Umstand, daß ihm nicht

vertragsmäßig geliefert wird. Er will sich nur dieses Zufalls bedienen, um den Folgen einer, wie sich jetzt erweist, verkehrten Spekulation zu entgehen. Das Mittel, welches das Gesetz zu Gebote stellt, um der Benachtheiligung durch ein vertragswidriges Verhalten des Gegners zu begegnen, will er benützen, um einen Schaden abzuschütteln, den er nur sich selbst zuzuschreiben hat.

VIII.

Das gewichtigste Bedenken gegen unsere Entscheidung folgt aus der Rücksicht auf die Rechtsgleichheit der Parteien. Es ist ein Grundprincip der gegenseitigen Verträge, daß durch das Recht keinem Theil eine nachtheiligere Lage zugewiesen werde als dem andern:

> In his contractibus (sc. qui consensu fiunt) alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet. L. 2 §. 3 de O. et A. 44, 7.

Nach bekannten Rechtsgrundsätzen wird der Verkäufer von seiner Verbindlichkeit frei, wenn die Quantität, aus welcher die Waare zu liefern ist, durch Zufall untergeht (L. 39 §. 1 de C. E. 18, 1, L. 5 de trit. vino 33, 6, L. 83 §. 5 de V. O. 45, 1). Selbst wenn er sich im Besitz gleich guter Waare befinden sollte, kann ihn der Käufer zur Lieferung solcher Ersatzwaare rechtlich nicht anhalten, und er wird es meistens unterlassen, wenn in der Zwischenzeit eine Preissteigerung stattgefunden hat. Er kann also den Zufall nach Lage des Marktes für sich benützen, während bei entgegengesetzten Verhältnissen der Käufer sich des Zufalls nicht soll erfreuen dürfen. — In einem oberstrichterlichen Erkenntniß (Seuffert's Archiv Bd. IV. Nr. 215) wird diesem Bedenken folgender Ausdruck gegeben:

> „War der Contract auf solche Waaren geschlossen, welche der Verkäufer anderswoher an seine Ordre erwartete, so braucht der Käufer sie auch nur anzunehmen, wenn sie ihm aus diesen erwarteten Vorräthen angeboten werden. Freilich wird dem Käufer bei Abschluß des Geschäfts diese Beschränkung in der Regel gleichgültig, ja wohl eher unangenehm als erwünscht, und ihm besonders nur daran gelegen sein, eine gute Waare und

diese zur rechten Zeit zu erhalten; allein desto wichtiger ist die Beschränkung für den Verkäufer. Bei der von ihm committirten oder ihm eingesandten Waare kann derselbe seine sichere Rechnung machen, und beschränkt er daher auf diese sein Lieferungsversprechen, so läuft er kein oder nur ein geringes Risiko; denn wenn diese Waare durch Zufall nicht eintrifft, so ist er vom Handel frei, während er in einem solchen Fall, wenn er ganz unbeschränkt zu liefern hat, auf jede Weise und sollten die Preise noch so sehr in die Höhe gegangen sein, die Anschaffungen zu machen suchen muß. Hat nun aber der Verkäufer es in seinem Interesse gefunden, den Lieferungscontract nur so beschränkt abzuschließen, so kann er nun auch (denn dadurch würde das Objekt des Vertrags verändert werden) auf jene Beschränkung ohne Einwilligung des Käufers keinen Verzicht leisten, — L. 6 de peric. et comm. 18, 6 — am wenigsten dann, wenn dieselbe dem letztern vortheilhaft wird und ihm dazu verhelfen kann, von einem nachtheiligen Handel wieder loszukommen. Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde das wider alle Treue und Glauben verstoßende Resultat herauskommen, daß der Verkäufer — im Fall die ursprünglich versprochene Waare nicht eintrifft — es in seiner Hand hat, bei gestiegenen Preisen sich von dem Handel loszusagen, bei gefallenen den Käufer zu dessen Schaden daran gebunden zu halten." —

Diese Entscheidungsgründe gehen von einer falschen Voraussetzung aus. Die Lage des Verkäufers ist beim Untergang oder nicht rechtzeitigen Eintreffen der verstellten Waare niemals günstiger als die des Käufers, auch nach meiner Ansicht nicht. Im ersten Fall hat er Schaden durch den Verlust der Waare; bei allenfallsiger Versicherung steckt das Opfer wenigstens in der Prämie. Wenn aber die Waare sich nur verspätet, und der Verkäufer nur durch Anschaffung von Ersatzwaare den Käufer im Vertrag erhalten kann, so verbleibt ihm die den eigentlichen Gegenstand des Kaufs bildende Quantität unter den ungünstigern Preisverhältnissen des zeitigen Marktes. Die Hoffnung auf Besserung des Marktes wird aufgewogen durch die Gefahr weiterer Preisminderung; darin kann also ein wirk-

licher Vortheil nicht erblickt werden. Und wenn auch, so könnte sich denselben der Verkäufer jederzeit durch Abschluß eines neuen Lieferungsgeschäfts verschaffen. Meine Behauptung mag folgendes Beispiel erläutern.

A hat Baumwolle eingekauft zu 17 den. p. Pfd. Er hat sofort die Hälfte an B verkauft zu 18 den. Da die von einem auswärtigen Seeplatz erwartete Waare nicht rechtzeitig eintrifft, so muß er, um B im Obligo zu erhalten, Ersatzwaare kaufen zu 12 d. Damit hat er nicht etwa eine Preisdifferenz von 6 d. gewonnen, denn er behält eine gleiche Quantität zu dem jetzigen Werth von 12 d. Durch die Lieferung von Ersatzwaaren sichert er sich also nur die ursprüngliche, durch den Vertragsabschluß mit B erworbene Preisdifferenz von 1 d. Nach dem von mir vertheidigten Standpunkt kann demnach der Verkäufer seine Lage, wie sie sich durch den Vertrag gestaltet, nicht verbessern, nur erhalten, während die gegnerische Ansicht dem Käufer ermöglicht, sich in eine günstigere Lage zu versetzen, als sie für ihn durch die Eingehung des Geschäfts begründet wurde.

Aus L. 6 cit. folgt für die letztere Auffassung nichts; dafür mag der Text sprechen:

> Si vina emerim exceptis acidis et mucidis et mihi expediat acida quoque accipere, Proculus ait, quamvis id emtoris causa exceptum sit, tamen acida et mucida non venisse; nam quae invitus emtor accipere non cogeretur, iniquum esse, non permitti venditori vel alii ea vendere.

Wo, darf man fragen, ist die Aehnlichkeit beider Fälle? Im Fall der L. 6 cit. wurde ausdrücklich eine bestimmte Partie einer Quantität auf Veranlassung des Käufers vom Kauf ausgeschlossen, welche ihm hinterher beliebt. Dagegen handelt es sich in dem Falle, welcher Gegenstand unserer Erwägung ist, um den Ersatz einer unmöglichen Leistung durch gleich gute Waare. Daß nach bloßer Willkür des Verkäufers der Käufer in solche Aenderung nicht zu willigen braucht, ist überall nicht bestritten, und auch bei arglistiger Verschuldung entgeht ihm jene auf Billigkeit beruhende Rücksicht. Hienach brauche ich

wohl nicht den Einwurf zu befürchten, daß durch meine Ansicht der Spezieskauf überhaupt oder auch nur der Spezieskauf von vertretbaren Sachen aufgehoben werde. Wem ferner die Unsicherheit der Unterscheidung zwischen vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen Bedenken erregt, dem ist zu erwidern, daß sich diese Schwierigkeit in der Praxis viel geringer stellt, als es nach der theoretischen Bestimmung der Grenzlinie scheint. Und wenn endlich bei einem Vertrag über Sachen, welche nach allgemeiner Anschauung unter die vertretbaren fallen, der Käufer ausnahmsweise ein berechtigtes Interesse an den gekauften Individuen darthun kann, so fällt nach der Grundlage meiner Ausführung das Ersatzrecht des Verkäufers fort.

Man hat mir noch entgegengehalten, daß eine Zumuthung, wie sie nach meinem Standpunkt dem Käufer gemacht wird, der allgemeinen Vertragsintention widerspreche. Würde nämlich — ist mir eingewendet worden — der Verkäufer von vornherein dem Käufer kund geben, daß, wenn er, der Verkäufer, verhindert werden sollte, die verkaufte specialisirte Waare überhaupt oder rechtzeitig zu liefern, er sich vorbehalte, an deren Stelle andere aber gleichartige Waare zu geben oder auch nicht zu geben: so würde er sicherlich niemals einen Käufer finden, der auf diese Vertragsproposition einginge; denn sie mache das Geschäft für den Käufer zu einem Spezieskauf, während sie dem Verkäufer die Wahl lasse, den Verkauf als denjenigen einer Spezies oder eines Genus zu behandeln.

Ich kann dies als richtig nicht zugeben und habe die Thatsache für mich, daß in Hamburg bei Getreidegeschäften in der Schlußnote dem Verkäufer das Ersatzrecht ausdrücklich ausbedungen zu werden pflegt.

Neues Archiv für Handelsrecht von Voigt und Heinichen Bd. I. S. 41 Note *.

Ueberdies ist zu bemerken, daß eine Befreiung des Verkäufers von der übernommenen Verbindlichkeit nur bei gänzlichem, seinerseits unverschuldetem Untergang der Waare eintritt, während eine blose Verzögerung des Transports ihn nicht befreit und selbst für vollen Schadenersatz verantwortlich macht, wenn ein bestimmter Lieferungstermin verabredet wurde. (Ich

gehe nämlich von dem Fall aus, daß der Verkäufer aus seinem Magazin an den Käufer Waare verkauft, welche er erst von auswärts erwartet, und nicht, daß der Käufer als derjenige erscheint, welcher sie von dem auswärtigen Platze bezieht. Es kann daher hier nicht die Vorschrift des deutschen H.-G.-B. Art. 345 in Anwendung kommen.) Umgekehrt soll sich der Käufer in jedem Fall nicht rechtzeitiger Erfüllung nach freier Wahl vom Vertrag los machen können. Ist es so unerhört, daß diese Ungleichheit zu Gunsten des Verkäufers gemildert wird?

IX.

Die abweichenden Stimmen, welche wir bisher vernommen haben, stehen jedoch nicht vereinzelt. Vor Allem scheint die französische Rechtsprechung dieser Ansicht beizupflichten. In einem Werke, welches den gegenwärtigen Stand der handelsgerichtlichen Praxis in Frankreich in ebenso klarer als scharfsinniger Darstellung wiedergibt, in

Delamarre et Lépoitvin traité théorique et pratique de droit commercial. Nouvelle édition. Paris 1861,

finde ich folgende auf unsere Frage bezügliche Stelle (Tom. V. Nr. 120):

Lorsque je vous vends quatre caisses opium d'Egypte livrables à l'arrivée de tel navire, je puis bien vous livrer et vous ne pouvez refuser quatre caisses du nombre de celles dont le chargement se compose; mais je dois vous les offrir, et vous devez les prendre telles qu'elles sont arrivées, sans mélange du contenu avec celui d'autre caisses de même espèce ou de la même cargaison. Ainsi quand la chose est corps certain, ce corps seul peut et doit être delivré; autrement l'objet livré ne serait plus ce qui est acheté et promis.

Es wird zwar nicht ausdrücklich gesagt, daß die Annahme gleich guter Waare auch dann verweigert werden darf, wenn der Verkäufer ohne seine Schuld die Spezies nicht zu liefern vermag, aber es entspricht die strengere Ansicht ganz der allgemeinen Richtung der französischen Rechtsprechung in Handelssachen, wo

der Satz: **toute condition doit s'accomplir à la rigueur** zum Theil auf die Spitze getrieben wird. Man vergl. die Ausführung in demselben Bande Nr. 110 — 113.

Ganz besonders aber huldigt der Handelsstand in seiner Mehrheit einer andern Auffassung, als sie hier vertreten wurde. In diesem Sinne haben sich angesehene hiesige (Zürcher) Häuser ausgesprochen. Für Hamburg wird dies berichtet in der angezogenen Stelle des neuen Archivs für Handelsrecht. Es liegt mir ferner ein Gutachten von Mitgliedern der Liverpooler Cotton-Brokers-Association vor des Inhalts:

> Wenn bei einem Lieferungskauf das Schiff, aus welchem die Lieferung gemacht werden soll, und dessen Abgangszeit angegeben ist, so bleibt der Vertrag für den Käufer nur dann verbindlich, wenn das Fahrzeug zur bezeichneten Zeit abgesegelt ist. Außerdem hat der Käufer das Recht, den Vertrag gänzlich aufzuheben, und ist der Verkäufer nicht befugt, andere von demselben Platz angekommene Waare, welche rechtzeitig eingetroffen ist, an Ersatz zu geben.

Ist damit nicht unsere Frage gelöst? Haben wir nicht ein Gewohnheitsrecht vor uns, welches die Herbeiziehung der Natur der Sache, des Wesens des Kaufgeschäfts u. s. w. zur Entscheidung der Frage überflüssig macht und ausschließt?

Es führt dieses Bedenken uns auf einen Punkt, welcher für die Stellung des Richters gegenüber den kaufmännischen Uebungen von grundsätzlicher Bedeutung ist.

Das Handelsrecht gewinnt fortwährend und selbst in denjenigen Ländern, wo es bereits gesetzliche Feststellung gefunden hat, unmittelbar aus dem Verkehr seine Ergänzung und Fortbildung. Die Usancen der Handelswelt sind also eine sehr wichtige Quelle des Handelsrechts (D. H.-G.-B. Art. 1). Aber so lange es neben dem Gebrauch noch einen Mißbrauch gibt, kann nicht jede Uebung als Ausdruck eines wahren Gewohnheitsrechts betrachtet werden. Soll sie dies sein, so muß sie, von andern Erfordernissen abgesehen, mit den Geboten der Sittlichkeit und mit den Grundsätzen kaufmännischer Treue und Glaubens in Einklang stehen. Das Recht kann nur den Bedürfnissen des redlichen Verkehrs entgegenkommen, nicht der

Arglist, der Chicane, der betrügerischen Ausbeutung die Hand bieten.

L. 2 C. quae sit longa consuet. 8, 53, Nov. 134 c. 1. Seuffert's Archiv X. 2. Puchta, Gewohnheitsrecht Thl. II. S. 55. Goldschmidt, Handelsrecht Bd. I. S. 237.

Gibt man dieses Erforderniß preis, wohin gelangt die Rechtspflege? Ich kenne eine Gegend, wo im Bauernstand die Entwendung von Holz aus den Staatswaldungen nicht als Diebstahl angesehen wird. Ferner war es in manchen Beamtenkreisen lange Zeit Uebung, bei Geschäften außerhalb des Gerichtssitzes eine höhere Commissionsgebür in Ansatz zu bringen, als nach der Dauer des Geschäfts gerechtfertigt war. Sind das auch gewohnheitsrechtliche Bildungen, denen die Gerichte Anerkennung zollen müssen? Es ist klar: darum allein, weil ein Verfahren im Handel und Wandel als erlaubt angesehen wird, liegt darin noch keine den Richter bindende Norm. Der Geschäftsverkehr läuft ohnedies nur zu sehr Gefahr, die Grenze zwischen Erlaubtem und Unerlaubtem zu übersehen und die Anforderungen strenger Rechtlichkeit den Rücksichten des Vortheils hintanzusetzen. Die Rechtspflege würde ihrem eigensten Wesen untreu werden, wenn sie auf dieser Bahn folgen wollte; sie hat die Pflicht, solcher Abschwächung des Sittlichkeits- und Rechtsgefühls entgegenzutreten.

Messen wir nun mit diesem Maßstab das unbedingte Rücktrittsrecht des Käufers. Jeder Theil soll die Folgen einer eingegangenen Verbindlichkeit tragen, soweit sie nicht durch die Schuld des Gegners verursacht sind. Den Nachtheil, welcher aus einer Preisminderung entspringt, muß der Käufer als verständiger Geschäftsmann sofort bei der Eingehung des Vertrags in Berücksichtigung ziehen, und es darf angenommen werden, daß er mit Hinblick darauf seine Verfügungen getroffen hat. Verträgt es sich nun mit den Grundsätzen des soliden Geschäftsverkehrs, daß der Käufer den für ihn völlig unschädlich gemachten Zufall, welcher den Verkäufer an pünktlicher Lieferung der vertragsmäßigen Waare hindert, als einen vom Glück in die Hand gespielten Rettungsanker benützt, um sich von den Folgen einer verfehlten Spekulation auf Kosten des Verkäufers

zu befreien? Eine Uebung, welche diesen Inhalt hätte, entbehrte der sittlichen Grundlage und könnte nicht als Bestandtheil des objektiven Rechts geachtet werden.

Indeß läßt die Sache noch eine andere Betrachtung zu, und von diesem Standpunkt kommen wir der kaufmännischen Anschauung im Ergebniß näher.

X.

Es kann ein Verfahren den Vorwurf der Unredlichkeit verlieren, wenn dasselbe von vornherein von den Parteien zum Gegenstand des gegenseitigen Einverständnisses gemacht wurde. Ich sage kann, denn nicht auf jedes Parteiübereinkommen darf das Recht sein Siegel drücken, z. B.

L. 23 de R. I. 50, 17. Vergl. hiezu die guten Ausführungen bei Delamarre et Lépoitvin tom. V. No. 118 p. 191 suiv.

Verabredungen können nicht blos ausdrücklich, sondern auch stillschweigend getroffen werden, und als stillschweigender Vertragsbestandtheil darf im Zweifel dasjenige angenommen werden, was in derartigen Vertragsverhältnissen in der Handelswelt allgemeine und unzweifelhafte Uebung ist, sofern solche Bestimmung auch auf dem Wege ausdrücklichen Verkommnisses festgestellt werden kann. Wir haben es dann mit einer Uebung zu thun, welche nicht Quelle eines Rechtssatzes ist, sondern eine Ergänzung der Parteiverabredungen, ein Hülfsmittel für die Auslegung der Verträge. Die richtige Unterscheidung dieser doppelten Klasse von Usancen, auf welche Goldschmidt a. a. O. S. 283 f. mit vielem Nachdruck hingewiesen hat, ist nicht so gleichgültig, als es auf den ersten Blick scheint. Hier soll nur auf Folgendes aufmerksam gemacht werden. Ein Vertragsverhältniß unterliegt, wie jetzt allgemein anerkannt wird, nach seinem materiellen Bestand dem objektiven Recht des Erfüllungsorts. Dagegen wird man nicht ohne Weiteres für die stillschweigende Ergänzung des Vertragsinhalts die Uebung des Erfüllungsorts als maßgebend ansehen dürfen. Vielmehr führt der Grundsatz:

Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur, quod actum est; aut si non pareat, quid

actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione in qua actum est frequentatur. — L. 34 de R. I. 50, 17.

auf den Ort des errichteten Geschäfts als bestimmend für die Auslegung eines Vertrags, obwohl auch diese Regel mannigfache Ausnahmen erleidet mit Rücksicht auf den Wohnort der Vertragschließenden oder auf besondere Uebung in manchen Geschäftszweigen. So pflegen Verträge über Lieferung von Baumwolle in der Schweiz immer „unter Liverpooler Conditionen“ abgeschlossen zu werden.

Vgl. Wächter in diesem Archiv Bd. 19 Abth. 5.

Genug, daß in Absicht auf das objektive Recht und auf die Uebung im zweiten Sinn verschiedene Orte in Betracht kommen können.

Eine andere Abweichung besteht darin, daß die Herrschaft des objektiven Rechtssatzes über ein bestimmtes Vertragsverhältniß ganz unabhängig ist von der Kenntniß der Parteien. Als stillschweigender Vertragsbestandtheil dagegen darf eine Uebung nur dann angesehen werden, wenn die Parteien dieselbe wirklich kannten oder vermöge ihrer Lebensstellung füglich hätten kennen sollen. Wissen und Wissenmüssen steht allerdings auf einer Linie; aber man darf bei Beurtheilung des letztern in Ansehung von üblichen Verabredungen nicht den Satz zu Grunde legen: Ignorantia iuris nocet; dieses Nichtwissen fällt vielmehr unter den Gesichtspunkt der ignorantia facti. Hienach muß aber ein Handelsgebrauch, um als Ergänzung des ausdrücklichen Parteiübereinkommens zu gelten, so allgemeine Verbreitung und unzweifelhafte Existenz besitzen, daß grobe Unwissenheit demjenigen zur Last fällt, der ihn nicht kennt. —

Nach diesen allgemeinen Bemerkungen kehre ich zu unserem Fall zurück.

Wenn bei einem Lieferungsvertrag dem Käufer ausdrücklich das unbedingte Rücktrittsrecht auf jeden Fall der nicht buchstäblichen Erfüllung des Vertrags eingeräumt wird, so liegt kein Grund vor, dem Uebereinkommen die rechtliche Anerkennung zu versagen. Der Verkäufer kann dem Käufer noch viel

weiter gehende Vortheile vertragsmäßig zugestehen. Die Ausübung jenes Rücktrittsrechts hat einen die Grundsätze der Redlichkeit verletzenden Charakter nur dann, wenn die Parteien bei Abschluß des Geschäfts von der Meinung ausgingen, daß es dem Käufer um wirklichen Empfang der Waare zu thun sei, daß er die Gefahr eines Preisabschlags ein für allemal auf sich genommen habe, und wenn hinterher gegen dieses Erwarten der Käufer sich hinter den eingetretenen Zwischenfall steckt, um nun doch die Nachtheile der Preisveränderung auf den Verkäufer abzuschütteln. Ich sage also, daß die vertragsmäßige Einräumung des unbedingten Rücktrittsrechts, wie ich es kurz nennen will, zulässig ist. Allein es darf nicht übersehen werden, daß das Geschäft dadurch ein anderes Gepräge erhält; es wird nicht zum Spiel, aber es bekommt einen spielartigen Zusatz, welcher es dem Bereich des soliden Waarengeschäfts entrückt und auf den Boden der gewagten Käufe verpflanzt. Diese Natur haben unbestritten die Lieferungsverträge über Werthpapiere, ferner die rein generellen Lieferungskäufe von Sprit, Getreide, Oel u. s. w. an großen Handelsplätzen. Da ist das Rücktrittsrecht des Käufers wie Verkäufers ein ganz unbedingtes. Aber obwohl der Großhandelsverkehr mehr und mehr nach dieser Richtung zu neigen scheint, so bezweifle ich doch, daß man zur Zeit allen Lieferungskäufen, auch denjenigen, wo überall die Absicht auf wirklichen Vollzug gerichtet ist, denselben Charakter stillschweigend unterstellen darf. Es bedarf vielmehr m. E. eines überzeugenden Nachweises, daß die kassatorische Klausel in dem das Ersatzrecht ausschließenden Sinn auch bei Verträgen der letztern Art an dem für die Beurtheilung maßgebenden Platze allgemeine, ganz feststehende Uebung sei, so daß man deren Kenntniß bei jedem Kaufmann billiger Weise voraussetzen darf.

Und hier ist wohl noch ein Wort der Mahnung an den Juristen am Platz, in der Annahme solcher Handelsübungen nicht zu leicht zu Werke zu gehen und namentlich nur mit großer Vorsicht auf kaufmännische Gutachten sein Urtheil zu bauen. Wer sich öfter mit derartigen Untersuchungen zu befassen hat, dem begegnen zuweilen sonderbare Erscheinungen, z. B. daß von

demselben Platze Gutachten über dort bestehende Uebungen in ganz entgegengesetztem Sinn einlaufen, sämmtlich von angesehenen Handelshäusern unterzeichnet, daß sogar dieselben Kaufleute über denselben Handelsgebrauch sich in zwei juristisch ganz gleichgearteten Fällen verschieden aussprechen. Mir ist vorgekommen, daß dasselbe Haus für denselben Fall zwei abweichende Parere unterzeichnet hat. Ich bin weit entfernt, den Grund hievon nur in Mangel an Gewissenhaftigkeit zu suchen, obwohl in dieser Hinsicht häufig zu wünschen übrig bleibt. Manches erklärt sich daraus, daß der kaufmännische Sachverständige sehr oft keine ganz unparteiische Stellung hat, weil er in der fraglichen Art von Geschäften entweder vorwiegend Abnehmer oder vorwiegend Versteller ist; durch diesen Standpunkt wird unbewußt sein Urtheil getrübt. Dann aber wirkt ganz besonders der Umstand mit, daß der nichtjuristische Geschäftsmann sich nur wenig auf den abstrakten Standpunkt zu erheben und eine Frage abgelöst von den besonderen Eigenschaften des einzelnen Falls zu beantworten vermag. Daher auch die Abneigung der Kaufleute, ihr Gutachten schlechthin auf die vom Richter formulirte Frage ohne Mittheilung der concreten Streitsache abzugeben.

III.

Die Einrede der Litispendenz, insbesondere im Executivprozeß.

Von Herrn Professor Dr. **Goldschmidt**
in Heidelberg.

Dem Spruchcolleg in Heidelberg lag zur Entscheidung in dritter und letzter Instanz folgender Fall vor.

Durch Schuldurkunde vom 1. Juni 1858 hat D. L. anerkannt, mit W. L. auf alle bis dahin gemachten Handelsgeschäfte abgerechnet zu haben, demselben 1143 fl. schuldig geblieben zu sein, und deren Zahlung mit vierteljährlich 25 fl.